Inwiefern haftet heutzutage der Mandatar aus den Verträgen, die er als solcher geschlossen hat?

Von Herrn

E. Ruhstrat,

Großherzogl. Oldenburgischem Regierungsassessor in Birkenfeld.

In einer Abhandlung über außergerichtliche Repräsentation, welche im ersten Bande des Archivs für die Praxis des im Großherzogthum Oldenburg geltenden Rechts mitgetheilt worden ist, habe ich u. A. und zwar theilweise im Widerstreit mit den bisherigen Meinungen der Schriftsteller, auszuführen gesucht, inwiefern ein Mandatar aus den Verträgen, die er als solcher geschlossen habe, nach Römischem und heutigem Rechte verhaftet sei. Dagegen ist nun Thöl in der neuesten Auflage seines Handelsrechts [1]) aufgetreten, indem er unter Modifikation der früher von ihm aufgestellten Behauptungen, meine Ansichten als irrig zu widerlegen sucht. Da ich jedoch durch seine Bemerkungen keineswegs von meinem Unrecht überzeugt worden bin, vielmehr annehmen muß, daß Thöl mich in mancher Beziehung ganz mißverstanden hat, und deshalb dahin gestellt sein lassen muß, ob er auch dann meine Ansichten bestritten hätte, wenn er dieselben so aufgefaßt hätte, wie ich dieselben verstanden haben wollte, so finde ich mich um so mehr veranlaßt, meine Meinung hier in den streitigen Beziehungen näher auseinander zu setzen.

Da ich nicht erwarten kann, daß sich die zunächst nur für Partikularrecht bestimmte Oldenburgische Zeitschrift einer weiteren Verbreitung erfreut, so lasse ich hier zunächst zum besseren Verständniß des Folgenden einer kurzen Abriß meiner Deduktion folgen.

---

1) Thöl, Handelsrecht. Ausg. 2. Göttingen 1847.

Nach früherem Römischen Rechte wurde bekanntlich Niemand durch die Verträge seines Stellvertreters verpflichtet, indem nur zwischem dem letzteren und dem dritten Kontrahenten Rechtsverhältnisse entstanden, aus denen der Stellvertreter zu voller Wirkung in Anspruch genommen werden konnte, wegegen es ihm freistand, sich mit der actio mandati oder negotiorum gestorum an dem Geschäftsherrn zu erholen. Später wurde es dann vom Prätor angemessen gefunden, den dritten Kontrahenten außer den Rechtsmitteln gegen die ihnen zunächst verpflichteten Stellvertreter, auch gegen die Geschäftsherrn Klagerechte einzuräumen, so daß es nun in ihrer Wahl stand, entweder den Stellvertreter oder den Geschäftsherrn auszuklagen, und da der Stellvertreter immer der eigentliche Kontrahent blieb, so kam es dem Prätor nicht in den Sinn, demselben irgend ein Rechtsmittel einzuräumen, wodurch er sich dem Dritten gegenüber von seiner Verbindlichkeit hätte losmachen können. Die Neuerung, welche der Präter durch Einführung der actiones adjectitiae qualitatis bezweckte und bewirkte, bezog sich also nur auf das Verhältniß des dritten Kontrahenten zu dem Principal, keineswegs aber auf das Verhältniß des Stellvertreters zu dem Dritten[2]. Und da nun auch im späteren Rechte dem Stellvertreter keine Hülfe gegen die Klage des Dritten gewährt worden ist, so ist nicht füglich zu bezweifeln, daß derselbe noch unter Justinian nicht allein vom Dritten verklagt werden konnte, sondern sich auch die Vollstreckung gefallen lassen mußte. Dies würde selbst dann anzunehmen sein, wenn in einer Stelle ausdrücklich gesagt würde, daß der Stellvertreter sich die Exekution gefallen lassen müsse, indessen haben wir sogar auch hiefür ganz bestimmte Quellenzeugnisse, von denen ich einige hier anführen will:

---

2) Daß der Stellvertreter namentlich keine exceptio doli erhielt, darüber vergl. meine angef. Abhandlung. S. 42. Note 3.

Scaevola lib. 1. responsorum [3]).

Pater filio permisit mutuam pecuniam accipere, et per epistolam creditori mandavit, ut ei crederet; filius ex minima parte patri heres exstitit. Respondi esse in potestate creditoris, utrum filium cui credidisset in solidum, an heredes pro qua parte quisque successisset, mallet convenire. Sed filius condemnatur quantum facere potest.

Der Sohn hat im Auftrage des Vaters Geld angegeliehen, und hat nun der Gläubiger nach dem Tode des Vaters die Wahl, ob er den Sohn auf das ganze Darlehn, oder jenen Erben nach seinen Antheil in Anspruch nehmen will, und wird dabei nun ausschließlich von Scävola bemerkt, daß, im Fall der Sohn belangt werde, derselbe nur in quantum facere possit, verurtheilt werde. — Weger der großen Härte nämlich, die darin lag, daß der Sohn fortwährend aus allen Verträgen belangt werden konnte, die er durante potestate für den Vater geschlossen, während ihm durchaus kein Regreßanspruch gegen den Vater zustand, hatte der Prätor es billig gefunden, die Exekution gegen den Haussohn auf das quod facere potuit zu beschränken [4]). Aber daraus geht dann auch unwiderlegbar hervor, daß der Haussohn selbst nach Auflösung der patria potestas aus den Verträgen, die er im Auftrage des Vaters geschlossen, nicht allein verklagt werden konnte, sondern daß er sich auch die Exekution gefallen lassen mußte [5]).

Wenn aber sogar der Haussohn auf solche Weise ausgeklagt werden konnte, obgleich es nicht einmal in seinem freien Willen lag, ob er als insitor etc. handeln wollte oder nicht, und obgleich er sich nicht durch Anstellung der actio mandati contraria entschädigen konnte, so wird dies

3) l. 7. D. quodum eo. (14. 5.)

4) Vergl. meine angef. Abhandlung S. 23.

5) Folgende Stellen beweisen dasselbe l. 5. 2. D. quod cum eo. (14. 5.) l. 2. 9. Cod. quod cum. eo. (4. 26.)

noch weniger in Ansehung des unabhängigen Geschäftsführers zu bezweifeln sein, da derselbe zur Annahme des Mandats einestheils nicht gezwungen werden konnte, und ihm anderntheils die actio mandati contraria zur Seite stand, durch welche er vollständige Entschädigung von dem Geschäftsherrn erhalten konnte. Auch vermag ich wenigstens ein ziemlich deutlich redendes Quellenzeugniß in Ansehung unabhängiger Stellvertreter beizubringen:

Papinian lib. 3. responsorum [6]).

In eum qui mutuis accipiendis procuratorem praeposuit utilis ad exemplum institoriae dabitur actio, quod aeque faciendum erit, et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.

Hier sagt also Papinian: Die actio quasi institoria finde selbst dann statt, wenn auch der institor solvend sei. Seine Meinung geht hiernach ohne Zweifel dahin, daß zunächst der institor nicht allein verklagt werden könne, sondern sich auch die Exekution gefallen lassen müsse, daß aber der Dritte auch im Fall der Solvenz desselben, also selbst dann, wenn er vollständige Befriedigung von dem Geschäftsführer erhalten könne, dennoch nicht auf die Klage gegen den letzteren beschränkt sei, sondern nach Belieben auch den Prinzipal in Anspruch nehmen könne. Die actiones adjectitiae qualitatis enthalten eine so bedeutende Abweichung von dem alten Rechte, nach welchem der Dritte den Principal gar nicht verklagen konnte, daß wohl mitunter die Meinung aufgetaucht sein mag, daß von diesen Klagen nur im Nothfall, also nur dann Gebrauch zu machen sei, wenn der eigentliche Kontrahent und civilrechtliche Schuldner, nämlich der Geschäftsführer, nicht solvend sei. So würde sich wenigstens die sonst auffallend klingende Bemerkung Papinian's erklären: daß der Principal selbst dann verklagt werden könne, wenn auch der Stellvertreter solvend sei.

---

6) l. 19. pr. D. de instit. act. (14. 3.)

Dieser Ansicht, daß noch nach Justinianischem Rechte der dritte Kontrahent den Geschäftsführer belangen kann, ohne sich die Verweisung auf den Principal gefallen lassen zu müssen, ist denn jetzt auch v. Vangerow [7]) beigetreten. Ferner wird dieselbe getheilt von Mühlenbruch, wenn ich denselben recht verstehe [8]), jedenfalls aber wohl von Sintenis [9]).

Dagegen sind manche ältere und neuere Schriftsteller [10]) der Ansicht: es finde zwar gegen den Geschäftsführer, so lange derselbe dies Amt bekleide, allerdings Klage statt, aber nur dahin, daß derselbe dem Gläubiger aus dem Vermögen des Principals Befriedigung verschaffe. Als Selbstschuldner aber hafte der Geschäftsführer nie, da er die Exekution stets an den Principal verweisen könne. Diese Meinung, für welche man sich namentlich auf eine Stelle von Ulpian beruft [11]), enthält aber, abgesehen davon, daß sie schon nach dem Obigen ohne Zweifel unrichtig ist, einen inneren Widerspruch, denn sobald der Dritte mit dem Geschäftsführer litem kontestirt hatte, war die anfänglich gegen den Principal begründete actio adjectitiae qualitatis konsumirt. Der Principal war aber dem Dritten nur mit dieser prätorischen Klage verhaftet, wurde also nach Konsumtion der Klage eben so frei, wie er es nach älterem Rechte war, daher ihn denn auch die nachher gegen den Geschäftsführer begründete actio rei judicatae ganz und gar nichts anging, und es folglich nicht einzusehen ist, wie es dem Geschäftsführer möglich geworden sein sollte, die gegen ihn begründete actio rei judicatae an den Principal zu verweisen.

---

7) Pandekten Anmerkung zu §. 661.

8) Mühlenbr. Cession S. 143. 144.

9) Das praktische gemeine Civilrecht Band 2. §. 102. Note 15 und 54.

10) Thibaut Pand. §. 525. und die dort citirten Schriftsteller. v. Bülow Abhandl. Thl. 1. S. 324. Auch Thöl, Handelsrecht. Ausg. 1. §. 26.

11) l. 4. pr. D. de re judic. Daß diese Stelle nicht hieher gehört, habe ich nachgewiesen in meiner angef. Abhandl. S. 43 ff.

In der neuesten Ausgabe seines Handelsrechts [12]) hat nun Thöl seine frühere Ansicht dahin modificirt: daß der Institor, welcher allerdings verklagt werden könne, aus dem Grunde, daß gegen den Principal die institoria begründet sei, den Kläger an den Principal verweisen könne, weil er soweit dieses der Fall sei, mit seinem Vermögen nicht hafte. Dabei hat er es denn ganz unentschieden gelassen, ob der Institor erst die Exekution an den Principal verweisen könne, was nach Römischem Recht, auf welches Thöl sich hier stützt, eine Unmöglichkeit war, oder ob er die Klage des Dritten schon mit einer exceptio doli abwenden könne, was nach Römischem Recht eben so wenig anging, da dasselbe eine solche Einrede niemals eingeführt hat. Letzteres wird auch gar nicht von den Schriftstellern behauptet, welche dem Geschäftsführer jetzt die exceptio doli einräumen [13]), indem dieselben vielmehr weiter nichts sagen wollen, als daß nach heutigen Rechtsansichten diese Einrede gestattet werden müsse. Die von Thöl aus dem Römischen Recht beigebrachten Beweise beschränken sich auf zwei Stellen, welche offenbar hier gar nicht in Betracht kommen können, wobei ich bemerke, daß er die von mir angegebenen Beweisstellen und Beweisgründe ganz ignorirt hat. Die beiden Stellen sind folgende:

l. 20. D. de institoria actione.

Von dieser Stelle habe ich in meiner angeführten Abhandlung [14]) eine mit den Basiliken ganz im Einklang stehende Erklärung gegeben, der auch v. Vangerow jetzt beigetreten ist [15]), nach welcher in der Stelle gar nicht von einem solchen Falle die Rede ist, in welchem ein Institor für den Principal wirklich kontrahirt, sondern vielmehr nur ein Beweisdokument ausgestellt hat.

---

12) Handelsrecht, Ausg. 2. §. 26.

13) Mühlenbr. Cession §. 14. Note 297. Sintenis a. a. O. Bd. 2. §. 102. Note 15.

14) S. 45. 46.

15) a. a. O. Anm. zu §. 661.

l. 11. §. 7. D. de institor. (14. 3.)

Si institoria recte actum est, tributoria ipso jure locum non habet, neque enim potest habere locum tributoria in merce dominica. Quod si non fuit institor dominicae mercis, tributoria superest actio.

Diese Stelle handelt nur von dem Verhältniß der actio tributoria und institoria, welche Klagen beide gegen den dominus stattfinden, also ist hier nicht die Rede von dem Fall, wo gegen den Geschäftsführer geklagt wird, auf den die Stelle sich auch deshalb gar nicht beziehen kann, weil sie von einem Sklaven handelt (merce dominica), den der Dritte natürlich unter keiner Bedingung verklagen konnte. Eine nähere Erklärung dieser Stelle halte ich daher für unnöthig [16]). Jedenfalls möchte ich aber doch fragen, ob diese Stelle deutlicher beweist, daß ein Geschäftsführer die Klage des Dritten an den Principal verweisen kann, oder ob sich aus den oben angeführten Stellen, namentlich l. 2, 5, 7 D. quod cum eo. (14. 5.) deutlicher ergibt, daß der Geschäftsführer sich die Exekution gefallen lassen muß.

Nach Römischen Rechte konnten also die Geschäftsführer nicht allein verklagt, sondern auch wirklich auf Zahlung in Anspruch genommen werden, und es ist daher ein verfehlter Versuch, wenn Thöl und Andere, denen es nicht entgeht, daß solche Bestimmung heutzutage keine Anerkennung findet, die jetzigen Rechtsansichten aus dem Römischen Rechte herzuleiten, und durch dasselbe zu begründen suchen. Wir können nur dann zu dem richtigen Resultate gelangen, wenn wir ehrlich zugestehen:

1) daß nach Röm. Recht jeder Geschäftsführer sich die Exekution in eignem Vermögen gefallen lassen muß, und

2) daß dieser Satz heutzutage gar nicht mehr anerkannt wird.

Erst dann, wenn wir dies zugeben, können wir zu einer Untersuchung der Frage schreiten, worin denn eigent-

---

16) Vergl. darüber Kritz, Pandektenrecht I. 1. S. 331. 332.

lich die Aenderung des Römischen Rechts besteht, welche bei uns eingetreten ist.

Manche Schriftsteller scheinen Alles auf die große Unbilligkeit zu reduciren, welche daran zu finden ist, daß der Geschäftsführer sich die Exekution gefallen lassen muß, obgleich er nur für fremde Rechnung kontrahirt hat, und der Ansicht zu sein, daß ihm aus diesem Grunde nach dem heutigen Rechtsgefühl eine exceptio doli gegen die Klage des Dritten eingeräumt werden müsse. Wenigstens weiß ich nicht, wie man diese exceptio doli sonst begründen will.

Andere [17]), zu denen auch ich gehöre, sind dagegen der Meinung, daß bei uns eine weit durchgreifendere Aenderung in der rechtlichen Stellung des Geschäftsführers eingetreten ist, und ich will versuchen, meine desfallsige Ansicht nunmehr so bestimmt zu entwickeln, daß sie nicht mehr in der Art mißverstanden werden kann, wie es von Thöl [18]) geschehen ist.

Wenn ein Römer mit einem Abwesenden kontrahiren wollte, und mit sich selbst schon über alle Kontraktsbedingungen, so wie über die Person des Mitkontrahenten einig war, so konnte er diesen Kontrakt entweder durch einen bloßen Brief, oder auch durch einen Boten zu Stande bringen, der dann keine andere Bedeutung hatte, wie jener Brief, indem seine Aufgabe nur darin bestand, den Willen seines Mandanten dem Dritten zu überbringen [19]). In den unendlich vielen anderen Fällen aber, wo grade der Stellvertreter erst die Bedingungen oder einen Theil derselben zu stellen hatte, oder wo dem Mandanten wenigstens noch die Person des Mitkontrahenten unbekannt war, was namentlich da der Fall sein mußte, wo ein Universal- oder

---

17) Bethmann-Hollweg, Versuche S. 241. Auch Bayer, Verträge ad 4. S. 147 scheint dieser Ansicht zu sein, wenn er bemerkt: Nach unseren freieren Rechtsansichten ist auch bei obligatorischen Handlungen eine vollständige Repräsentation durch Dritte möglich.

18) a. a. O. §. 25. Note 1. §. 26. Note 7.

19) Mühlenbruch Cession S. 108. 109. Note 226.

General-Mandatar, ein Institor oder Magister bestellt worden, konnte nach der Natur der Sache ein bloßer Bote niemals genügen, sondern war vielmehr ein selbstthätiger Repräsentant erforderlich, der nicht bloß einen bestimmten Willen des Principals zu übertragen, sondern vielmehr den allgemein gehaltenen Willen desselben in Gemäßheit des Auftrags nach eigner Willensbestimmung näher zu entwickeln und zur Bestimmtheit zu entfalten hatte. Da nun aber nach der Römischen Rechtsansicht ein solcher Repräsentant den Principal nicht direkt vertreten konnte, da die Römer es nicht für zulässig hielten, daß eine Person mit ihrem Willen für eine andere in Obligationsverhältnissen an die Stelle trat, so mußte der Repräsentant die für den Principal zu begründende obligatio zunächst auf seine eignen Schultern nehmen, und wurde der Principal durch dieselbe nur indirekt durch Vermittelung des Prätors verpflichtet. Darum mußte denn auch in allen zweifelhaften Fällen angenommen werden, daß es seine Absicht gewesen sei, zunächst sich selbst zu obligiren, weil er auf eine andere Weise gar keine gültige obligatio zu Stande bringen konnte. In heutiger Zeit ist nun aber, wenn auch nicht die Mehrzahl der juristischen Schriftsteller, so doch das gesammte Volk davon durchdrungen, daß diese Römische Auffassung keineswegs auf der Natur der Sache beruht, sondern es weit natürlicher und dem Rechtsgefühl entsprechender ist, einen Stellvertreter stets auch wirklich als Stellvertreter anzusehen und zu beurtheilen. Ein mit Beziehung auf sein Mandat handelnder Stellvertreter vertritt jetzt die Stelle des Principals nicht bloß scheinbar, wie nach Römischem Rechte, nach welchem er eigentlich der Kontrahent und kein eigentlicher Stellvertreter war, sondern in Wirklichkeit, so daß er in dem Moment, in welchem er kontrahirt, als der Principal selbst angesehen wird, dessen Stelle er ganz vertritt, deshalb aber auch nicht selbst Kontrahent ist, weil er nur für den Principal eingetreten war. Selbst wenn der Universal-Mandatar zu dem Dritten sagt: ich kaufe dies Grundstück für meinen Principal, so

fällt es weder ihm selbst ein, hier in eigner Person als Kontrahent auftreten zu wollen, noch kommt es dem Dritten in den Sinn, seine Stellung so aufzufassen. Indem er sagt: „ich kaufe," setzt er nur sich selbst, seine eigne Persönlichkeit an die Stelle des Principals, den er dem Willen desselben gemäß in diesem Moment ganz vertritt, und wirklich repräsentirt. Er bedeutet in dem Augenblick, wo er als Repräsentant handelt, nur den Principal, denn nur dessen Wille ist es, was ihn zur Bewegung bringt, und zum Handeln treibt, nicht aber sein eigner Wille, der dabei nur insofern in Betracht kommt, als eben der Prinzipal von vornherein erklärt hat, daß der Wille des Repräsentanten als sein Wille gelten und angesehen werden soll. Aber eben darum, weil der Repräsentant in dem Moment, wo er den Principal repräsentirt, nicht sich selbst, sondern vielmehr den Principal vorstellt und vorstellen will, macht er auch nur den letzteren und nicht sich selbst verbindlich.

Daß dies die heutige Auffassung des Repräsentationsverhältnisses ist, dafür berufe ich mich auf Jeden, der nicht Jurist ist. Jedermann sieht den Stellvertreter, der wirklich mit Beziehung auf sein Mandat gehandelt hat, als außer der Sache stehend und nur den Prinzipal und den Dritten als die eigentlichen und alleinigen Kontrahenten an. Wer z. B. in einem Kaufladen mit einem Faktor kontrahirt, betrachtet nur den Handelsherrn als Mitkontrahenten, den Faktor aber als ganz unbetheiligte Mittelsperson, mit dem er weiter gar nichts zu thun hat. Und ich glaube, daß jeder Principal in gewaltiges Erstaunen gerathen würde, dem Einer sagte, daß er die von seinem Geschäftsführer für ihn erworbenen Klagerechte nicht ohne Weiteres ausüben könne, sondern daß er sich dieselben zuerst von dem Geschäftsführer abtreten lassen müsse, da dieser die Klagerechte zunächst für sich selbst erworben habe, und sie daher auch allein geltend machen könne [20]). Daß dies der heu-

20) Thöl a. a. O. §. 24.

heutigen Rechtsansicht widerspricht, wird denn auch selbst von solchen Schriftstellern anerkannt, die den Geschäftsführer als eigentlichen Kontrahenten ansehen, daher sie dem Principal die von jenem erworbenen Klagerechte utiliter einräumen [21]), womit freilich der richtige Gesichtspunkt verfehlt ist, wenn gleich das praktische Bedürfniß damit einen Ausweg erhalten hat. Das Wahre liegt aber darin, daß man heutzutage nichts mehr von dem indirekten Römischen Repräsentationsverhältniß wissen will, oder vielmehr, daß das Volk es gar nicht kennt, sondern seine Vertreter, die es für Obligationsverhältnisse aufstellt, auch wirklich als rechte wahre Vertreter ansieht, und als solche beurtheilt wissen will. — So wird ferner auch Niemand annehmen, daß der Proceßprokurator noch heutiges Tages zunächst durch die res judicata verpflichtet werde, und daher der Römischen exceptio doli bedürfe, um sich von dem wider ihn gerichteten Exekutionsantrage der Gegenpartei freizumachen, vielmehr würde wohl jeder Richter einen solchen Antrag mit großer Verwunderung in die Hand nehmen, um ihn dann ohne Weiteres zu verwerfen [22]) und doch ist, wenn man annimmt, daß die durch res judicata entstehende obligatio auch jetzt noch zunächst zwischen dem Prokurator und dem Gegner begründet wird, ein solcher Antrag an und für sich nicht weniger begründet, als eine Klage des dritten Kontrahenten gegen den Mandatar, der mit Beziehung auf sein Mandat gehandelt hat. Jener Prokurator und dieser Mandatar sind aber nach der richtigen Ansicht nicht passiv legitimirt, und daher die gegen sie gerichteten Anträge von vorn herein zu verwerfen, ohne daß sie zunächst noch gehört und abgewartet zu werden braucht, ob sie von ihrem angeblichen Recht Gebrauch machen wollen, den Kläger an

---

21) Mühlenbruch a. a. O. S. 147 Note 296. 297. Glück, Band 14. S. 198. 266. Sintenis a. a. O. S. 359. Note 18.

22) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 242. „Der Proceß hat überhaupt keine Wirkung für den Prokurator.“

den Principal zu verweisen [23]). Solche Anträge haben daher keine bessere Begründung, als wenn Jemand vorbringen würde: da ich ein Haus für 1000 Thlr. an A. verkauft habe, so bitte ich den B. zur Zahlung dieser 1000 Thlr. zu verurtheilen [24]).

Abgesehen von der allgemeinen Volksüberzeugung von der heutigen Stellung der Repräsentanten, die Keinem entgehen wird, der dieselbe mit Unbefangenheit in Erfahrung zu bringen beabsichtigt, kann ich noch folgendes Argument für meine Meinung aufstellen. Daß jetzt der Stellvertreter jeden Kontrakt unbedingt auf den Namen des Principals stellen kann, wird von Niemandem mehr in Zweifel gezogen, und wenn dies geschehen ist, so kann nach meiner Ansicht gar nicht bezweifelt werden, daß durch solchen Kontrakt der Geschäftsführer nicht sich selbst verbindlich gemacht hat, da er grade durch die Stellung des Kontrakts auf des Geschäftsherrn Namen deutlich genug zu erkennen gegeben hat, daß er selbst mit der Sache gar nichts zu thun haben wolle. Da nun ein solcher Kontrakt dennoch für gültig gehalten wird, und doch ohne Zweifel auch dann als rechtsbeständig gelten würde, wenn der Stellvertreter noch nebenher ausdrücklich erklärt hätte, daß er grade deshalb den Kontrakt auf des Geschäftsherrn Namen gestellt habe, weil er keine

23) Thöl a. a. O. §. 26.

24) Thöl behauptet a. a. O. §. 26. Note 7. Die Schwierigkeit der Frage, wie heutzutage die Haftung des Principals und des Institor im Proceß sich ausgleiche, ob dieser die Klage oder erst die Exekution an den Principal verweisen könne, oder wie sonst, sei von mir umgangen. Allein da eine solche Ausgleichung der Haftung nach meiner Ansicht gar nicht in Frage gestellt werden konnte, so konnte ich diese Frage auch nicht beantworten. Der Institor kann, wenn er mit Bezug auf sein Mandat handelte, in der Regel gar nicht verklagt werden. Er kann dies nur, wo er besonders als Kontrahent mit eingetreten, und damit schon über die Stellung als bloßer Geschäftsträger hinausgegangen ist. Wenn z. B. der Dritte dem Principal nicht traut, und der Geschäftsführer deshalb als selbstschuldiger Intercedent mit eintritt, so ist er natürlich auch persönlich verhaftet. Die Uebernahme einer derartigen Verbindlichkeit hat aber der Geschäftsführer als solcher nicht nöthig, und ist dieselbe nicht zu vermuthen.

Lust habe, sich selbst verbindlich zu machen, was sonst vielleicht Jemand anzunehmen geneigt sein möchte, so ist durch jenen Satz, daß Kontrakte direkt auf des Geschäftsherrn Namen gestellt werden können, so viel entschieden, daß der Geschäftsführer, wenn er will, als direkter Repräsentant des Geschäftsherrn, als bloßes Vertragsinstrument desselben handeln kann, ohne jedoch bloßer nuntius zu sein. Ist dies aber der Fall, kann der Geschäftsführer in dieser bezeichneten Qualität handeln, so muß auch nothwendig angenommen werden, daß er dies regelmäßig beabsichtige, weil sich in dubio nicht vermuthen läßt, daß Jemand gewillet sei, sich ohne vernünftigen Grund einer ihn gar nicht betreffenden Verbindlichkeit zu unterziehen. Wenn daher sich auch keine andere Modifikation der Römischen Grundsätze mit Sicherheit behaupten ließe, als daß jetzt der Geschäftsführer direkt auf den Namen des Principals kontrahiren kann, so würde schon damit ein derartiger Bruch in die Stellung der römisch-rechtlichen Repräsentanten gekommen sein, welcher in seiner Konsequenz nothwendig zu der oben entwickelten heutigen Auffassung des Repräsentationsverhältnisses führen müßte. Das Wahre liegt hier aber eigentlich vielmehr darin, daß jener Grundsatz, nach welchem im Namen des Principals kontrahirt werden kann, weiter nichts ist, als ein sich von selbst verstehender Ausfluß aus der jetzigen Stellung und Bedeutung der Repräsentanten. Dieselben treten ganz und wirklich an die Stelle des Principals, und indem sie dies thun, ist es natürlich gleichgültig, ob sie im Namen des Principals oder im eigenen Namen mit Beziehung auf den Principal kontrahiren, da sie im letzteren wie im ersteren Fall nur den Principal und nicht ihre eigne Person vorstellen, repräsentiren, da in beiden Fällen nicht sie selbst kontrahiren, sondern vielmehr der Principal kontrahirt, da die Repräsentanten, auch wenn sie sagen: ich kontrahire für den Principal, mit diesem ich nicht ihre eigne selbstständige Subjektivität, sondern nur insofern ihr ich meinen, als dieses ich den Principal ver-

tritt, denselben bedeutet, vorstellt, repräsentirt [25]). Die Sache hat sich also im Vergleich mit der Römischen Auffassung gradezu umgedreht. Nach Römischen Recht mußte der Repräsentant in eigner Person als Kontrahent auftreten, weil er nur auf diese Weise eine gültige obligatio begründen konnte, und darum war in dubio auch immer anzunehmen, daß es seine Absicht gewesen sei, in solcher Qualität aufzutreten. Jetzt aber kann er, auch da, wo er kein bloßer nuntius ist und sein kann, immer als bloßes Vertrags-Instrument handeln, ohne sich selbst zu obligiren, und darum muß in dubio angenommen werden, daß er nur als solches aufgetreten sei.

Daß nun auch die Schriftsteller, welche die Stellung des Kontrakts auf den Namen des Geschäftsherrn jetzt für zulässig halten, den Geschäftsführer überall nicht für verpflichtet ansehen, wenn er im Namen des Principals kontrahirt hat, scheint mir nicht zweifelhaft zu sein [26]) Auch Thöl hat dies früher angenommen, jetzt aber seine Meinung dahin geändert, daß es ganz einerlei sei, ob der Geschäftsführer in eignem Namen mit Beziehung auf den Principal, oder im Namen des Principals kontrahire, indem jedesmal zunächst der Geschäftsführer verbindlich werde. Zu dieser Ansicht ist er aber wohl nur durch die Betrachtung veranlaßt [27]), daß der Dritte sonst am Ende gar keinen Mitkontrahenten habe, weil der Principal nicht als solcher an-

---

25) Insofern ist es denn auch unrichtig, wenn Thöl a. a. O. §. 25. Note 1. sagt: wer kontrahirt, ist stets als Kontrahent aus dem Kontrakt verpflichtet, denn es kommt jetzt darauf an, ob man, während man kontrahirt, seine eigne Persönlichkeit, oder die eines Anderen repräsentirt. Nach Römischem Recht war solche Repräsentation freilich unzulässig, weil der faktische Kontrahent stets seine eigne Persönlichkeit vertreten, also zugleich auch juristischer Kontrahent sein mußte.

26) Ganz entschieden spricht dies aus v. Vangerow a. a. O. Anmerk. zu §. 661. Vergl. Mühlenbruch Cession. S. 147. Not. 297. Sintenis a. a. O. §. 102. Note 15. Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 2. S. 386.

27) Vergl. Thöl a. a. O. §. 25. Note 1.

gesehen werden könne, wo der Stellvertreter nicht bloßer nuntius sei, wo es vielmehr grade auf die Willensbestimmung des Stellvertreters ankomme. Darin liegt nun aber die Unrichtigkeit, denn der Principal ist hier grade der Mitkontrahent, weil der Stellvertreter nur ihn repräsentirt. Muß man aber, von dieser Ansicht abgesehen, nach der Meinung der übrigen Schriftsteller und der Volksüberzeugung zugeben, daß der Stellvertreter, welcher nicht in eignem Namen, sondern grade deshalb im Namen des Principals kontrahirt, um entweder jeden Zweifel darüber zu heben, ob er selbst verbindlich werden wolle, oder weil ihm gar nicht einfällt, daß er selbst als Mandatar obligirt werden könne [28]), gar nicht verbindlich werde, so muß man offenbar auch einräumen, daß jetzt eine direkte, den Römern unbekannte Repräsentation in Obligationsverhältnissen stattfindet. Denn daß ein so geschlossener Vertrag gültig ist, steht einmal fest. Ist daher der Stellvertreter, obgleich er diesen Vertrag durch seinen Willen begründet hat, nicht durch denselben obligirt, so bleibt nnr die Annahme übrig, daß der Wille des Stellvertreters nur den Willen des Principals repräsentirt, daß der Wille des Stellvertreters der Wille des Principals *wirklich ist*, weil letzterer denselben durch die Mandatsertheilung von vorn herein als solchen anerkannt hat [29]), daß deshalb auch nur der Principal

---

28) Daß der Mandatar, welcher den Kontrakt auf des Principals Namen stellt, die Absicht habe, selbst als Kontrahent einzutreten, läßt sich offenbar nicht behaupten, und schon deshalb ist die Ansicht *Thöl's*, daß auch in diesem Falle der Mandatar obligirt werde, unrichtig. *Müßte* daher der Mandatar, welcher nicht bloßer nuntius ist, persönlich als Kontrahent eintreten um wirksam zu kontrahiren, so müßte der auf des Principals Namen gestellte Vertrag noch jetzt für ungültig gehalten werden. Aber grade weil dies nicht geschieht, ist für unsere Zeit eine von der Römischen wesentlich verschiedene Stellvertretung zu behaupten.

29) Darum ist es unrichtig, wenn *Thöl* a. a. O. §. 25. sagt: daß nur der Principal und nicht der Institor obligirt werde, ist unmöglich, wenn der Institor kontrahirt, d. h. durch seinen Willen die obligatio begründet.

und nicht der Stellverter durch einen so geschlossenen Vertrag verpflichtet wird [30]).

Schließlich bemerke ich noch, daß auch dem französischen Rechte nur diese direkte Repräsentation, nicht aber die indirekte Römische Stellvertretung bekannt ist. Daher kann der Bevollmächtigte auch nach diesem Rechte, aus Verträgen, die er als solcher geschlossen hat, weder klagen noch belangt werden [31]).

30) Hiernach werde ich es dem Urtheil eines Jeden anheimstellen dürfen, ob meine Behauptung, daß Jemand durch seinen Willen eine obligatio begründen kann, ohne sich selbst zu obligiren, einen inneren Widerspruch enthält. Vergl. Thöl a. a. O. §. 25. Note 1. In Ansehung des negotiorum gestor verhält die Sache sich anders, weil der negotiorum dominus nicht wie der Mandant, den Willen des Stellvertreters von vorn herein für den seinigen erklärt hat, folglich auch nicht als Mitkontrahent des Dritten angesehen werden kann. Der negotiorum gestor muß daher zunächst sich selbst verpflichten, weshalb der Kontrakt ungültig ist, den er gradezu im Namen des Geschäftsherrn abschließt.

31) Zachariä, Handb. des französ. Civilrechts Bd. 2. §. 415. Heise und Cropp Abhandlungen Bd. 2. S. 386. Note 76.

XIII.

Ueber die antichresis tacita nach Römischem Rechte [1]).

Von Herrn

Dr. Wilhelm Stephan,

Privatdocenten zu Göttingen.

Die l. 11. §. 1. D. de pignor. et hypoth. (XX. 1.) und die l. 33. D. de pignor. act. (XIII. 7.) schien allen

1) Cuiacii observationes VII. 17. Glück, Pandektencommentar Bd. XIV. S. 49—57. S. 104—125. Seuffert, Erörterungen II. Nr. 21. Sintenis, Pfandrecht S. 234—260. Mühlenbruch, Pandekten 3. Aufl. §. 318. II. von Vangerow, Pandekten S. 94. 795. Schrader, in der Tüb. crit. Zeitschrift Bd. II. S. 397.